

VU Research Portal

De verantwoordelijkheid van de arts voor schadeafwikkeling door zijn verzekeraar

Smeehuijzen, J.L.

published in

Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
2009

DOI (link to publisher)

[10.1007/bf03081606](https://doi.org/10.1007/bf03081606)

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Smeehuijzen, J. L. (2009). De verantwoordelijkheid van de arts voor schadeafwikkeling door zijn verzekeraar. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 3(2009), 160-175. <https://doi.org/10.1007/bf03081606>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De verantwoordelijkheid van de arts voor schadeafwikkeling door zijn verzekeraar

Mr. dr. J.L. Smeehuijzen¹

1 INLEIDING

Als een arts een beroepsfout maakt, laat hij de afwikkeling van de schadevergoedingsvordering over aan zijn verzekeraar. Die afwikkeling verloopt bepaald niet altijd bevredigend. In mei 2008 verscheen van Stichting De Ombudsman het rapport *Overleven in de medische letselschadepraktijk*. Daarin staat onder andere: “Uit het dossieronderzoek blijkt dat de verzekeraar zich zeer bewust toont van het juridische voordeel dat hij heeft; de patiënt moet stellen en bewijzen, de verzekeraar heeft het bewijs en de deskundigheid. Is na veel tijd komen vast te staan dat er een fout is gemaakt, volgt er een even omvangrijke discussie over het causale verband. (...) Gelijk halen is voor de patiënt vaak een emotionele uitputtingsslag”.²

Aan het rapport van mei 2008 ging in 2004 het beroemde rapport *Letselschaderegeling: ‘onderhandelen met het mes op tafel of een zoektocht naar redelijkheid’*³ vooraf. Kamerlid Van Gerven stelde in 2007 Kamervragen over de slechte afhandeling van letselschadeclaims bij medische fouten.⁴ Er zijn al veel langer indicaties dat de patiënt bepaald niet in alle gevallen zijn schade vergoed krijgt zonder dat dit van hem onevenredig veel tijd, vechtlust, geld en aandacht vergt.

Over de wijze waarop die situatie verbeterd zou kunnen worden, is al veel nagedacht. Er is een rechtsvergelijkende studie uit 2003 waarin – geïnspireerd op studie van het Engelse, het Franse en het Belgische recht – aanbevelingen tot verbetering van de preprocesuele afwikkeling van personenschadeclaims worden gedaan.⁵ Er is de in 2006 na breed overleg tussen de belangengroepen tot stand gekomen Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL).⁶ Ook voor de medische verzekeraars wordt inmiddels aan een gedragscode gewerkt (zij hebben de GBL niet ondertekend). In de literatuur gingen in 2007 stemmen op, mede gebaseerd op een grootschalig empirisch, interdisciplinair WODC-onderzoek, om het letselschadeproces meer therapeutisch georiënteerd vorm te geven.⁷

1. Lodewijk Smeehuijzen is universitair docent aan de VU en verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en recht van VU en VUMC. Hij dankt Bernhard Sluijters, Floris Bakels en Arno Akkermans voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

2. Stichting de Ombudsman, *Overleven in de letselschadepraktijk*, Hilversum: mei 2008, p. 49.

3. Stichting de Ombudsman, *Letselschaderegeling: ‘onderhandelen met het mes op tafel of een zoektocht naar redelijkheid’*, Hilversum: november 2003.

4. Vragen van het lid Van Gerven (SP) aan de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport over de slechte afhandeling van schadeclaims bij medische

fouten, *Aanhangsel Handelingen II* 2006/2007, nr. 2060725160 (ingezonden 13 september 2007); Antwoord van minister Klink van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, *Aanhangsel Handelingen II* 2007/2008, nr. 329.

5. I.N. Tzankova & W.C.T. Weterings, *Preprocesuele afwikkeling van personenschadeclaims*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

6. Maurits Barendrecht, Peter Kamminga & Corry van Zeeland, *Gedragscode Behandeling Letselschade*, Tilburg: Nationaal Platform Personenschade 2006.

7. A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, ‘Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief’, *TVP* 2007, nr. 4.

De voorgaande ontwikkelingen zijn hoopgevend. Dat evenwel het probleem op korte termijn werkelijk zal zijn opgelost, is niet waarschijnlijk. Het echte nadenken over verbeteringen en, belangrijker, het verwezenlijken van die verbeteringen, is eigenlijk nog maar net begonnen.

Voor de verantwoordelijkheid van de arts voor correcte schadeafwikkeling is tot dusverre nog geen aandacht geweest. Dat is zo op het eerste gezicht niet onbegrijpelijk. De afwikkeling van letselschadeclaims gaat in de praktijk geheel buiten hem om. Er is een duidelijke rolverdeling: de arts is er voor de medische zorg en de verzekeraar is er voor de schadeafwikkeling. Als de letselschadeafwikkeling niet naar behoren verloopt, dan is dat het probleem van de verzekeraar.

Maar na enig doordenken blijkt de rol van de arts toch wel aandacht te vergen. Want die verzekeraar handelt zijn fout af, opereert te zijnen behoeve en opereert dus in zijn sfeer. Als de verzekeraar het niet goed doet, mag de arts dan, daarmee door zijn patiënt geconfronteerd, zich omdraaien en zeggen: dit is mijn zaak niet, wend je met je klachten maar tot de instanties die op de verzekeraar toezicht houden of begin een civiele procedure? In dit artikel zal ik betogen dat hij dat niet mag. Het behoort tot de medisch-professionele standaard om voor een correcte afhandeling van een medische fout zorg te dragen. De geneeskundige behandelingsovereenkomst gebiedt de arts in te grijpen als zijn verzekeraar de fout op onzorgvuldige wijze afwikkelt.

Het grootste deel van deze bijdrage gaat over de verplichting van de individuele arts. In de laatste paragraaf gaat ook nog aandacht uit naar de rol van de KNMG. Die moet haar stempel drukken op de voor medische verzekeraars op te stellen gedragscode.

2 WAT JURIDISCH VOLGT OP EEN MEDISCHE FOUT; EEN CASUS

Het is voor de oordeelsvorming noodzakelijk dat men een beeld heeft van hoe schadeafwikkeling in de praktijk verloopt of, meer in het bijzonder, van hoe het bij die afwikkeling mis kan gaan. Het lijkt daarom nuttig bij wijze van introductie een geval van onzorgvuldige schadeafwikkeling te schetsen. Ter voorkoming van misverstanden: niet bedoeld is een voor de praktijk representatief voorbeeld te geven; er zijn uiteraard ook gevallen waarin het wél goed gaat. De casus is als volgt.⁸

De 31-jarige mevrouw X. raakt door een ernstige medische fout in een onomkeerbaar coma. Ten tijde van de fout was zij zwanger. De zwangerschap is spontaan tot een einde gekomen. Haar man blijft achter met een driejarig dochtertje.

Een maand na de fout verschijnt het verslag van een onderzoek dat in opdracht van het ziekenhuis naar het voorval is verricht. In het rapport, dat met medewerking van de behandelaars is opgesteld, wordt met zoveel woorden erkend dat sprake is van een fout.

De man moet om zijn vrouw te kunnen bezoeken in het in coma gespecialiseerde verzorgingstehuis waar zij inmiddels is opgenomen, erg ver reizen. Na drie maanden bedragen zijn reiskosten € 3.000. De man heeft een bescheiden inkomen en maakt

8. Dit is de (geanonimiseerde) weergave van een waargebeurde zaak. Zoals bijna alles is ook deze weergave voor betwisting vatbaar. In dat verband verdient

opmerking dat het er hier niet om gaat of het precies zo is gegaan als beschreven, maar om wat rechtens is, veronderstellende dat het zo is gegaan.

zich ernstige zorgen over deze steeds toenemende financiële lasten. De advocaat van de man doet daarom een dringend beroep op de verzekeraar van het ziekenhuis om een voorschot op de schadevergoeding uit te keren.

De verzekeraar neemt voor beantwoording van dit spoedeisende verzoek twee weken. Beslissing: € 1.500 voorschot, zonder erkenning van aansprakelijkheid. De man moet alle zeilen bijzetten om na het in coma raken van zijn vrouw emotioneel overeind te blijven en zijn dochtertje te verzorgen. Zijn advocaat moet een kort geding aankondigen om het voorschot op een enigszins aanvaardbaar niveau te krijgen.

Na verschijning van het rapport van het ziekenhuis met daarin de erkenning van de fout, blijft de verzekeraar nog ruim vier maanden ongemotiveerd aansprakelijkheid ontkennen. Op enig moment verandert zijn stelling wel, in die zin dat hij aansprakelijkheid erkent, maar nu wel causaal verband tussen de fout en het coma in twijfel trekt. De man dringt herhaaldelijk aan op spoed, omdat het hem zonder duidelijkheid over de aansprakelijkheid niet mogelijk is structurele opvang voor zijn dochtertje te regelen.

Om de hoogte van de schade nader te bepalen, vindt een half jaar nadat de vrouw in coma is geraakt een gesprek met de schaderegelaar plaats. Dat gesprek verloopt voor de man erg onaangenaam, in de zin dat de schaderegelaar geen empathie toont en voor de man als kwetsend ervaren opmerkingen maakt. Zo vertelt de man dat zijn vrouw in haar comateuze toestand in toenemende mate langdurige huilbuien heeft. De schaderegelaar antwoordt: "Nou, als ik het zo hoor, moet ze niet naar een verpleeginrichting, maar naar een gesloten psychiatrische inrichting".

Na afloop van het gesprek stuurt de advocaat van de man de verzekeraar een brief waarin hij zijn ongenoegen over het optreden van de schaderegelaar uit (met daarbij gevoegd het gespreksverslag). Omdat de man na het gesprek te kennen heeft gegeven nooit meer met de schaderegelaar te willen worden geconfronteerd, verzoekt hij een andere schaderegelaar aan te stellen. De verzekeraar weigert dat: het gesprek moest gaan over de schade, "Dat het gesprek daardoor een zakelijk karakter heeft gekregen is naar onze mening onvermijdelijk", zo schrijft hij.

3 HET LEERSTUK VAN DE ONZORGVULDIGE SCHADEAFWIKKELING IN HET ALGEMEEN

De afwikkeling van de schade verloopt hier in twee opzichten onzorgvuldig.

Ten eerste is er de toon van het schaderegelingsgesprek. Het gesprek dient ertoe de omvang van de schade te bespreken. Het is niet alleen een zakelijk gesprek, het is ook nog een gesprek met tegengestelde belangen. "Dat het gesprek (...) een zakelijk karakter heeft gekregen", zoals de verzekeraar schreef, is dus strikt genomen niet onjuist. Maar de enkele kenschets 'zakelijk' is ook een vrij groteske miskennis van de emotionele dimensie die dat gesprek tegelijkertijd heeft. De exercitie die hier uitgevoerd moet worden, is het vergelijken van het leven van de vrouw voor en na de medische fout – met name komt aan de orde wat zij vanaf nu allemaal niet meer kan. Dat is erg confronterend en daardoor bij uitstek emotioneel. Zou het onmogelijk zijn de toon van het gesprek daarmee in overeenstemming te brengen? Nee; ook in een zakelijk

gesprek met tegenstrijdige belangen kan ruimte zijn voor empathie, medeleven en bestaat zoiets als de juiste toon. Die toon is in het weergegeven gesprek door de schaderegelaar niet gevonden.

Ten tweede is er de gebrekkige snelheid. Gegeven de harde conclusies van het calamiteitenrapport van het ziekenhuis had op kortere termijn dan bijna een half jaar na de fout aansprakelijkheid erkend moeten worden en had, wellicht belangrijker nog, vermeden moeten worden dat de man door veel te minieme bevoorschotting maandenlang emotioneel nog sterker belast raakte dan hij toch al was. Met name toekenning van een voorschot van € 1.500 terwijl zijn schade aan reiskosten alleen al € 3.000 bedroeg, was beneden peil.⁹

Alvorens wij over de verantwoordelijkheid van de arts komen te spreken, volgt nu eerst een opmerking over de positie van de verzekeraar.

4 BIJ ONZORGVULDIGE SCHADEAFWIKKELING IS DE VERZEKERAAR AANSPRAKELIJK UIT ONRECHTMATIGE DAAD

Bepleit is in de literatuur dat de verzekeraar die onzorgvuldig schade afwikkelt, zelf onrechtmatig jegens de benadeelde handelt en dus tot schadevergoeding gehouden is.¹⁰ In een aantal buitenlandse is 'onrechtmatige schadeafwikkeling' een gevestigd leerstuk.¹¹

9. Met name in uitspraken van de Raad van Toezicht Verzekeringen vindt men nadere voorbeelden van onzorgvuldige schadeafwikkeling. Te noemen zijn (de uitspraken zijn te vinden op de site van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening waarin de Raad van Toezicht inmiddels is opgegaan – <www.kifid.nl>, > Consumenten, > Uitspraken, > Uitspraken van RvT verzekeringen): 2000/17 (onterecht staken bevoorschotting); 2000/41 (te laat op brieven reageren; onterecht onbetaald laten erkende deel van de schade); 2001/19 (te laat op brieven reageren; vertraagde bevoorschotting); 2003/36 (ten onrechte medische informatie doorgestuurd); 2003/44 (vertraagde behandeling); 2004/18 (dochter van klager is overleden, het gedrag van de verzekeraar getuigt niet “van een begripvolle en meelevende houding die bij een gebeurtenis als de onderhavige passend en geboden is”); 2004/51 (vertraagde afwikkeling, ten onrechte uitkering onthouden); 2004/64 (vertraagde afwikkeling); 2005/017 (schending Gedragscode Persoonlijk Onderzoek); 2005/029 (onduidelijkheid over vergoeding advocaat laten; verzekeraar had af moeten zien van finale regeling); 2006/018 (onjuiste juridische stellingname door verzekeraar); 2006/032 (ten onrechte doorzetten afwikkeling na tweede ongeval).
10. Akkermans & Van Wees 2007, p. 112 en 113 schrijven: “Ten slotte is het in straffe gevallen uiteraard mogelijk dat de verzekeraar zich schuldig maakt aan een eigen onrechtmatige daad jegens het slachtoffer. Het onderzoek [naar de behoeften van slachtoffers, JLS] laat immers eens te meer zien hoe kwetsbaar een letselschadeslachtoffer staat ten opzichte van zijn professionele wederpartij” (zie noot 7). Zie uitvoerig en rechtsvergelijkend: A.J. Verheij, *Vergoeding van*

immateriële schade wegens aantasting in de persoon (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi, Juridische Uitgeverij 2002, hoofdstuk VII. Verheij schaaft zijn beschouwing onder de noemer ‘vertraagde schadeafwikkeling’, maar zij strekt zich ook uit over de situatie dat de verzekeraar zich zonder goede grond op het standpunt stelt dat geen schadevergoeding verschuldigd is of de onterechte weigering voorschotten te betalen (zie p. 337).

11. Zie Verheij 2002, hoofdstuk VII voor een rechtsvergelijkend overzicht (zie noot 10). W.H. van Boom noemt in zijn artikel ‘Iets over handhaving in het privaatrecht’, WPNR 2008, nr. 6772, p. 765-769, ook een aantal buitenlandse bronnen. Ik neem zijn informatieve eerste noot maar gewoon over: “Zie voor het sanctioneren van ‘uitrookgedrag’ bijv. het leerstuk van de bad faith remedy; vgl. U.S. Supreme Court 7 april 2003, No. 01-1289 (State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al.); Mark J. Browne e.a. ‘The effect of Bad-Faith Laws on First-Party Insurance Claims Decisions’, *J. Legal Stud.* 2004, p. 355-390. Gedacht kan voorts worden aan toekenning van smartengeld, aldus F. Schellenberg, ‘Reguleringsverhalen als Schmerzengeldfaktor’, *VersR* 2006, p. 878-884. Vermenigvuldiging van de wettelijke rente met 50-100% is de wijze waarop art. 21 Loi Badiner vertragingstactieken afstraft. Zie Suzanne Carval, *La Responsabilité Civile dans sa fonction de peine privée*, Paris: L.G.D.J. 1995, p. 275-276”. Dat artikel van Browne e.a. opent met de zin: “One of the most notable and debated developments in the law of insurance and tort during the past 25 years has been the recognition, in most states, of an extracontractual cause of action against bad-faith denial of a claim (...)”.

Inderdaad bestaan er goede argumenten voor het toekennen van serieuze bedragen aan immateriële schadevergoeding voor onheuse bejegening, ontkenning van aansprakelijkheid tegen beter (moeten) weten in, vertraagde schadeafwikkeling, vertraagde bevoorschotting, et cetera. Een belangrijke functie van toekenning van smartengeld is rechtshandhaving.¹² Die kan hier heel effectief geschieden; het normschendende gedrag is bijna per definitie een weloverwogen, rationeel geïnspireerde keuze – veel meer dan het geval is bij incidentele, culpoze onrechtmatige daden als de medische- en verkeersfouten. Zoals de verzekeraar wegens (vermeende) kostenbesparing voor het normschendende gedrag kiest, zo kan de civielrechtelijke sanctie hem doen besluiten daar vanaf te zien.

Het leerstuk van de onrechtmatige schadeafwikkeling rechtvaardigt een publicatie op zichzelf. Deze bijdrage gaat niet over de aansprakelijkheid van de verzekeraar, maar over de verantwoordelijkheid van de arts. Daarover nu het volgende.

5 DE MEDISCH-PROFESSIONELE STANDAARD IN HET ALGEMEEN

De vraag is of de arts, na daartoe te zijn opgeroepen door de patiënt, moet ingrijpen als zijn verzekeraar de schade onzorgvuldig afwikkelt.

Civielrechtelijk komt het bij beantwoording van die vraag aan op invulling van de ‘medisch-professionele standaard’ van artikel 7:453 Burgerlijk Wetboek (BW). Tucht-rechtelijk beschouwd gaat het erom of de door artikel 47 lid 1 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) genoemde ‘zorgvuldigheid ten opzichte van de patiënt’ wordt betracht. Over respectievelijk de civiele- en de tuchtnorm ter toelichting het volgende.

Volgens artikel 7:453 BW moet de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelen in overeenstemming met de medisch-professionele standaard. Dat betekent volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de arts die zorg moet betrachten die van de redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in dezelfde omstandigheden verwacht mag worden. De inhoud van de medisch-professionele standaard moet van geval tot geval worden vastgesteld. Volgens de toelichting op artikel 7:453 BW zal de rechter regels en normen die op het gebied van de hulpverlening in de gezondheidszorg gelden, gebruiken als bouwstenen voor zijn oordeel. Te denken valt aan richtlijnen, protocollen, codes, gedragsregels van beroepsorganisaties (zoals de KNMG), et cetera. Voorts zijn te noemen jurisprudentie en literatuur.

Artikel 47 lid 1 Wet BIG geeft als norm het tekortschieten in zorgvuldigheid ten opzichte van de patiënt of diens naaste betrekkingen. Omdat tuchtcolleges gedeeltelijk uit beroepsgenoten bestaan, behoeft hun oordeel in mindere mate dan dat van civiele rechters legitimatie door een beroep op externe deskundigen; de civiele rechter kan zelfstandig over de kwaliteit van medisch handelen heel weinig zeggen, een tuchtcollege kan dat wel.

De bevoegdheden van de civiele en de tuchtrechter overlappen elkaar in hoge mate. Zij kunnen beide oordelen over, bijvoorbeeld, kwesties betreffende de kwaliteit van

12. Zie uitvoerig over die functie Verheij 2002, p. 445 e.v. (zie noot 10).

het medisch-technisch handelen, de informatieplicht van de arts, de geheimhoudingsplicht, verslaglegging, tijdige doorverwijzing, bejegening, et cetera. De tuchtrechter kan niet meer doen dan de arts een maatregel opleggen. Die maatregel houdt nooit enig materieel voordeel voor de klager in.¹³ Het civiele recht is daaraan tegengesteld; daar gaat het juist om de genoegdoening van de eiser.

Omdat de doelstellingen van civiel- en tuchtrecht uiteenlopen, impliceert de civielrechtelijke normschending niet per definitie een tuchtrechtelijke normschending en vice versa. Maar dat de tuchtrechtelijke en de civielrechtelijke norm verschillen, is wel uitzonderlijk. De verregaande congruentie wordt onder andere geïllustreerd door HR 2 maart 2001,¹⁴ waarin de Hoge Raad besliste dat wanneer de tuchtrechter over een situatie een oordeel heeft gegeven, de civiele rechter daar niet zonder begrijpelijke motivering van af mag wijken.

Het gaat er in dit artikel om de professionele standaard betreffende het handelen van de arts in het kader van de letselschadeafwikkeling vast te stellen. Moeilijk valt in te zien waarom op dit terrein de civiele en de tuchtnorm zouden verschillen. Waar hierna wordt gesproken over de medisch-professionele standaard, is dat daarom zowel in de civiel- als in de tuchtrechtelijke betekenis van het woord.

6 DE BEJEGENINGSPLICHT VAN DE ARTS

Het ligt voor de hand de gedachtevorming over de inhoud van de medisch-professionele standaard in de onderhavige kwestie te beginnen met bestudering van rechtspraak over bejegening, eenvoudig omdat schadeafwikkeling valt te beschouwen als een kwestie van bejegening. Het gaat niet om medisch-technisch handelen, maar om omgang met de patiënt. De rechtstreekse communicatie over fout en schade, denk in het bijzonder aan het schaderegelingsgesprek, is te beschouwen als bejegening in enge zin. Maar ook de meer praktische kanten van de afwikkeling, zoals snelheid en realistische stellingname, gaan over de wijze waarop de patiënt in niet-medisch opzicht wordt behandeld. Om vast te stellen in hoeverre de arts gehouden is de verzekeraar tot de orde te roepen, is het daarom nodig te bezien wat de 'bejegeningsplicht' van de arts eigenlijk inhoudt.

Uit de tuchtrechtspraak¹⁵ valt af te leiden dat de arts wat bejegening betreft jegens zijn patiënten tot meer verplicht is dan u en ik in het gewone maatschappelijke verkeer. Twee voorbeelden. Wie midden in de nacht in een noodsituatie bij een huis aanbelt, zal vruchteloos ageren als de uit zijn slaap geroepen huiseigenaar nukkig reageert. Belt men daarentegen bij de huisarts aan, dan heeft men "recht op een professionele en correcte bejegening. Dat verandert niet doordat verweerder in zijn slaap was gestoord. Verweerder heeft [klaagster] niet correct bejegend. Hij is, naar eigen zeggen, onvriendelijk en kortaf geweest" – aldus het Regionaal Tuchtcollege te Eindhoven in januari 2008.¹⁶ Wie zijn buurvrouw in reactie op haar lichamelijke klachten zegt: "Ach

13. Zij het dat de tuchtprocedure wel vaak gebruikt wordt om een civiele procedure voor te bereiden, door in de tuchtprocedure de onzorgvuldigheid van het handelen vastgesteld te krijgen.

14. HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649.

15. Bejegening is een aspect van medisch handelen

waarover eigenlijk alleen tuchtrechtspraak bestaat. Dat verbaast niet, omdat over het algemeen de onheuse bejegening door de arts van zijn patiënt geen schade in civielrechtelijke zin veroorzaakt.

16. Regionaal Tuchtcollege te Eindhoven 14 januari 2008, nr. 0750.

mevrouwetje, de overgang hè”¹⁷ is onbeleefd, ongevoelig, maar handelt niet onrechtmatig. De arts die in reactie op die klachten hetzelfde zegt, is tuchtrechtelijk aansprakelijk – zie het Regionaal Tuchtcollege te Amsterdam in januari 2000.¹⁸

In het algemeen geldt dus voor de arts wat men een ‘verzwaarde bejegeningplicht’ zou kunnen noemen. Die constatering is op zichzelf denk ik – gegeven de kwetsbare positie waarin de patiënt zich bevindt – tamelijk voor de hand liggend. De vraag is vervolgens wat die bejegeningplicht in het bijzonder behelst wanneer de arts een fout heeft gemaakt.

Voor de beantwoording van die vraag biedt de volgende uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege te Eindhoven uit 2005¹⁹ belangrijke aanknopingspunten. Een patiënte verliest een borst als gevolg van een complicatie – naar haar stelling: fout – bij de medische behandeling. Het college is van oordeel: “dat verweerder, nadat bekend werd dat de linkerborst van klagster verloren was gegaan, tekort is geschoten op het gebied van communicatie, persoonlijke aandacht, empathie, zorgzaamheid en bejegening voor een zeer ontredderde patiënte. Klagster heeft geen persoonlijke aandacht gekregen van verweerder of de andere behandelend arts, onmiddellijk nadat op zaterdag het verlies van de borst bekend werd; zij heeft daarop tot zondag moeten wachten. (...) Zij heeft, met uitzondering van één keer, geen enkel blijk van medeleven van verweerder ontvangen. (...) Het college is van oordeel dat de klacht (...) gegrond is. De in art. 47 van de Wet beroepen in de gezondheidszorg neergelegde norm, dat een beroepsbeoefenaar de zorg dient te verlenen die hij behoort te betrachten ten opzichte van diegene met betrekking tot wiens gezondheidstoestand hij bijstand verleent, houdt niet slechts in, dat deze bijstand vaktechnisch correct wordt verleend, maar omvat ook zorg en aandacht voor andere dan louter fysieke en vaktechnische aspecten. Dit geldt temeer als duidelijk moet zijn dat, tengevolge van gemaakte fouten en/of complicaties, een patiënte, in een ontredderde toestand, dringend steun behoeft”.

Als in het kader van de zorgverlening een complicatie optreedt, dan is dus ‘communicatie, persoonlijke aandacht, empathie, zorgzaamheid en bejegening’²⁰ van wezenlijk belang. Bedacht zij dat het college in de geciteerde zaak uiteindelijk oordeelde dat in medisch-technisch opzicht de arts zorgvuldig had gehandeld – er was een complicatie met nare gevolgen, maar de arts trof geen verwijt. Waar hem wel een verwijt treft,

17. Overigens wordt om twee redenen een tuchtklacht wegens tekortschietende bejegening niet snel gegrond bevonden. Ten eerste is er veelal een bewijsprobleem. Wat betreft bejegening “is vaste tuchtrechtspraak dat wanneer de lezingen van beide partijen omtrent de feitelijke gang van zaken uiteenlopen en niet kan worden vastgesteld welke van beide lezingen het meest aannemelijk is, het verwijt van klager op dit punt niet gegrond kan worden bevonden” (Regionaal Tuchtcollege te Amsterdam 15 januari 2008, nr. 06/327). Naast dat bewijsprobleem is het zo dat de subjectieve beleving van de patiënt niet doorslaggevend is; men kan het gevoel onheus bejegend te zijn ook vaak duiden als een misverstand. Zie het volgende voorbeeld: “Met de opmerking dat klager waarschijnlijk de normale pensioenleeftijd niet zou halen, heeft verweerder bedoeld dat hij verwachtte dat klager waarschijnlijk reeds vóór de leeftijd van vijfenzeestig jaar arbeidson-

geschikt zou worden. Klager heeft deze opmerking opgevat als zou hij de leeftijd van vijfenzeestig niet halen. De opmerking van verweerder, die verzekeringstechnisch van belang kan zijn, noopt echter niet tot deze uitleg” (Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 27 mei 2008, nr. 2007/212).

18. Regionaal Tuchtcollege te Amsterdam 11 januari 2000.

19. Regionaal Tuchtcollege te Eindhoven 3 mei 2005, te kennen uit Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 22 februari 2007, nr. 2005/172. Bij het Centraal Tuchtcollege kwam de bejegeningssklacht niet meer aan de orde.

20. Nu wij die overweging zo precies bekijken verdient opmerking dat welbeschouwd het afsluitende ‘en bejegening’ niet helemaal zuiver is, in die zin dat ‘communicatie, persoonlijke aandacht, empathie, zorgzaamheid’ allemaal aspecten van bejegening zijn.

zoals in ons geval, bestaat voor het naleven van de door het college geformuleerde bejegeningplicht reden temeer. Aannemelijk is dat zelfs nadere verplichtingen ontstaan, zoals het aanbieden van excuses.

Een ander aspect van bejegening in geval van een fout is de verplichting van de arts aan zijn patiënt te vertellen dat hij een fout heeft gemaakt (men zou die verplichting ook onder de informatieplicht kunnen scharen). Over de vraag of de arts dat zou moeten doen heeft debat bestaan; verondersteld werd wel dat polisvoorwaarden van de aansprakelijkheidsverzekeringen artsen daaraan in de weg zouden staan. Die bevatten bepalingen waarin stond dat de arts niets mocht zeggen dat het belang van de verzekeraar zou kunnen schaden. Het toegeven van een fout zou daar onder kunnen vallen.

Inmiddels is die discussie beslecht. In 2007 zijn in samenspraak met de grootste medische aansprakelijkheidsverzekeraar door onder anderen Legemaate handelingsadviezen opgesteld,²¹ waarvan de centrale boodschap luidt dat de arts eerlijk en open met de patiënt over fouten mag communiceren zolang hij maar bij de feiten blijft. Een ander oordeel is in het licht van artikel 7:953 BW, dat bepaalt dat een verbod op erkenning van feiten nimmer gevolg heeft, ook eigenlijk niet denkbaar. Maar het advies gaat verder: de arts wordt niet alleen toegestaan zijn fout te erkennen, hem wordt geadviseerd zijn fout toe te geven²² en excuses²³ te maken.

7 DE MEDISCH-PROFESSIONELE STANDAARD EN TEKORTSCHIETENDE AFWIKKELING DOOR DE VERZEKERAAR

In de voorgaande paragraaf zijn kwesties besproken die weliswaar de bejegening betroffen, maar die nog wel wezenlijk verschillen van de vraag of de arts moet ingrijpen als de verzekeraar de schade niet correct afhandelt. Impliciet zie ik de plicht om zo nodig in te grijpen toch wel in die rechtspraak besloten liggen.

Met name de norm 'Gij zult na uw fout belangrijke aandacht hebben voor communicatie, persoonlijke aandacht, empathie, zorgzaamheid' lijkt mij te dicteren dat de arts die schade heeft veroorzaakt, zich inspant om die schade correct af te handelen. Met 'communicatie, persoonlijke aandacht, empathie, zorgzaamheid' verhoudt zich niet een tactloze, cynische schaderegeling waarin, bijvoorbeeld, de patiënt door een horkerige schaderegelaar wordt beledigd. De intentie van de arts behoort erop gericht te zijn de patiënt op zo kort mogelijke termijn te geven waar hij recht op heeft, te weten de vergoeding van de schade die hij door de fout van de arts heeft geleden.

21. J. Legemaate, J.J.E. van Everdingen, J. Kievit & J.W.M. Stappers, 'Openheid over fouten in de gezondheidszorg', *NTvG* 2007, 151, p. 319-322.

22. Zie inmiddels Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *LJN* BH1287, die in het verzwijgen van de fout door de arts een reden tot verhoging van het smartengeld ziet: "Verder weegt mee dat B., toen hij op de dag na de operatie bij A. was en A. kenbaar had gemaakt dat zij haar voet niet kon bewegen en geen gevoel had in de voet en een gedeelte van het onderbeen, aan A. heeft gezegd dat er geen problemen waren en haar niet direct heeft verteld dat bij de operatie zenuw- en spierletsel was opgetreden. De rechtbank acht het aannemelijk dat dit bij A., zoals zij stelt, onnodig extra leed heeft berokkend".

23. J. Legemaate, 'Recht op informatie over fouten van artsen', *TVP* 2007, nr. 1, p. 4, adviseert de arts in geval van een fout: "Geef de fout toe en betuig spijt of maak excuses". Het probleem met excuses in het recht is dat excuses slechts excuses in eigenlijke zin zijn als zij uitdrukking geven aan een emotionele staat en die emotionele staat zich niet laat afdwingen. Zie over de grenzen van dat bezwaar en meer in het algemeen over excuses in het privaatrecht uitvoerig A.J. Akkermans, J.E. Huls, E.M. Uijttenbroek & K.A.P.C. van Wees, 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008, 6772, p. 778-784.

Ik meen dus dat men de verplichting van de arts de door zijn fout veroorzaakte schade fatsoenlijk af te wikkelen uit de bestaande tuchtrechtspraak over bejegening kan afleiden. Maar: expliciet heeft geen rechter of tuchtcollege zich nog over deze kwestie uitgelaten. Mogelijk is niet voor iedereen vanzelfsprekend dat de verplichting tot ‘communicatie, persoonlijke aandacht, empathie, zorgzaamheid’ de verplichting tot fatsoenlijke schadeafwikkeling impliceert. Het lijkt daarom zinvol het bestaan van die norm nog nader te adstrueren.

De belangrijkste overweging is naar mijn mening het grote belang van de benadeelde bij correcte schadeafwikkeling. Dat belang begint zich in de literatuur steeds scherper af te tekenen. Studie van de gezondheidseffecten van het recht (in de Verenigde Staten beoefend onder de noemer ‘Therapeutic Jurisprudence’) toont aan dat onzorgvuldige schadeafwikkeling op het welzijn van mensen werkelijk negatieve invloed heeft. Een langdurige, verbeterd strijd vertraagt en bemoeilijkt het herstel. Een van de termen waarmee de psychologie dit fenomeen beschrijft is ‘secundaire victimisatie’.²⁴ Onzorgvuldige schadeafwikkeling is meer dan ‘adding insult to injury’. Het is ‘adding injury to injury’. Nader (psychisch) letsel toebrengen na zijn fout is wel het laatste wat men van een arts mag verwachten.

De arts voert het debat ‘met iemand die zich als patiënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd’. De Nederlandse artseneed luidt: “Ik zweer/beloof dat ik de geneeskunst zo goed als ik kan zal uitoefenen ten dienste van mijn medemens. Ik zal zorgen voor zieken, gezondheid bevorderen en lijden verlichten. Ik stel het belang van de patiënt voorop (...). Ik zal aan de patiënt geen schade doen. Ik luister en zal hem goed inlichten. (...) Ik zal mij open en toetsbaar opstellen, en ik ken mijn verantwoordelijkheid voor de samenleving. (...) Ik zal zo het beroep van arts in ere houden”.

Die eed als zodanig heeft geen juridische status,²⁵ maar geeft wel degelijk een beeld van de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de arts: zorgen, het belang van de patiënt, de patiënt geen schade doen, zich open en toetsbaar opstellen, verantwoordelijkheid voor de samenleving, het beroep van arts in ere houden. Geen arts zal in het openbaar aan die verplichtingen afdoen.

Nu gaat het mis. De arts doet de patiënt wél schade. Hij maakt de patiënt niet beter, maar zieker. Dat lijkt bij uitstek een moment waar het er in de arts-patiëntrelatie op aankomt, waar het er werkelijk toe doet dat hij zich toetsbaar opstelt, waar er verantwoordelijkheid te nemen valt. De arts moet al het nodige doen teneinde de gevolgen van zijn eerdere schending van de professionele standaard zo beperkt mogelijk te houden.

Aldus lijkt mij de medisch-professionele standaard mede te omvatten de verplichting tot correcte schadeafwikkeling. In de praktijk wikkelt de arts niet zelf af, maar laat hij dat zijn verzekeraar doen. Op zichzelf is met die gang van zaken niets mis. Maar dat een derde het toneel betreedt, behoort aan de verplichting van de arts tot correcte

24. Zie R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans & N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: WODC 2007, p. 61 e.v.

25. De Nederlandse artseneed “reflecteert (...) de ethische normen die de professie zelf heeft opgesteld en ondersteunt”, J. Legemaate, ‘De juridische implicaties van de Nederlandse artseneed’, in: Vincent Kirkels (red.), *Eed van Hippocrates. Nog van deze tijd?*, Nijmegen: Uitgeverij Valkhof Pers 2004, p. 29 e.v.

schadeafwikkeling niet af te doen. De tegengestelde conclusie zou een niet te rechtvaardigen ondergraving van de positie van de patiënt betekenen. Aldus moet de arts inderdaad tegen de verzekeraar ageren als deze in zijn naam onzorgvuldig afwikkelt.

8 MAAR WAT KAN DE ARTS ER NU AAN DOEN?

Vanuit het perspectief van de arts zou tegen het voorgaande de bedenking kunnen rijzen dat van hem geen actie tegen de verzekeraar kan worden verlangd, omdat hij op het gedrag van die verzekeraar geen invloed heeft. Maar die invloed heeft hij wel.

Krachtens de verzekeringsovereenkomst is de verzekeraar verplicht de schade ten behoeve van de arts correct af te wikkelen. Doet de verzekeraar dat niet, dan pleegt hij wanprestatie jegens de arts. En tegen die wanprestatie kan de arts ageren, in het bijzonder door in rechte correcte nakoming te vorderen. De arts heeft dus wel degelijk invloed op het handelen van de verzekeraar.

In de medische praktijk is deze gedachte wellicht niet vanzelfsprekend, doordat daar van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen arts en verzekeraar soms een onhelder beeld lijkt te bestaan. Exemplarisch is het voornoemde debat over de vraag of de arts met zijn patiënt zou mogen bespreken dat hij een fout had gemaakt of dat de verzekeringsovereenkomst hem dat zou verbieden. De vraag is in essentie deze: eist de medische behandelingsovereenkomst dat de arts het zijn patiënt vertelt als hij iets verkeerd heeft gedaan? Het antwoord is ja, want de patiënt heeft het recht te weten, bijvoorbeeld, hoe het komt dat hij tegen de verwachtingen in als gevolg van de operatie voortaan ernstig gehandicapt door het leven gaat. Die stelling lijkt mij in redelijkheid niet betwistbaar en is ook door niemand betwist. Als de patiënt het recht op deze informatie heeft, dan is gegeven dat geen enkele polisbepaling de arts dat spreken kan verbieden. In de tegengestelde visie dwingt de verzekeringsovereenkomst de arts in zijn verhouding tot de patiënt te wanpresteren. Dat is een absurditeit.²⁶

Het debat is, zoals wij zagen, inderdaad in het voordeel van het informatierecht beslecht, maar waar het mij hier om gaat, is dat het meest principiële argument niet genoemd is – het argument dat de verzekeringsovereenkomst nooit tot wanprestatie in de geneeskundige behandelingsovereenkomst kan dwingen. Bedacht zij in dat verband dat de bepalingen betreffende de geneeskundige behandelingsovereenkomst van dwingend recht zijn; arts en patiënt kunnen om vanzelfsprekende redenen niet overeenkomen, bijvoorbeeld, dat de arts jegens de patiënt niet gehouden is conform de medisch-professionele standaard te handelen.

Van wat men de accessoriteit van de verzekeringsovereenkomst zou kunnen noemen, moeten artsen zich ook in de onderhavige kwestie goed bewust zijn. Als de geneeskundige behandelingsovereenkomst zorgvuldige schadeafwikkeling voorschrijft, moet hetgeen in het kader van de verzekering geschiedt daarmee in overeenstemming worden gebracht.

26. Juridisch-technisch zijn er vervolgens verschillende oplossingen: (i) men kan het spreekverbod uit de polis weginterpretieren (zo is het uiteindelijk gegaan) en men kan (ii) de bepaling in strijd met de redelijkheid en billijkheid achten. Mij lijkt zelfs (iii) een beding dat wanprestatie in de geneeskundige

behandelingsovereenkomst impliceert in strijd met de openbare orde en dus nietig in de zin van art. 3:40 BW. Zie over deze kwestie J. Legemaate, 'Recht op informatie over fouten van artsen', TVP 2007, nr. 1, met nadere literatuurverwijzingen.

Het is belangrijk te beseffen dat het recht van de arts op zorgvuldige schadeafwikkeling door de verzekeraar juridisch beschouwd geheel volwaardig is. Het gaat in civielrechtelijke zin eenvoudig om de correcte nakoming van de verzekeringsovereenkomst. Misverstand ligt op de loer, doordat het belang dat met dat recht wordt gediend materieel gezien niet dat van de arts is, maar dat van zijn patiënt. Die ondervindt immers de onzorgvuldige afwikkeling aan den lijve.

In het voorgaande werd bepleit dat de arts wel degelijk invloed heeft op het gedrag van de verzekeraar, en dat daarom van hem verlangd kan worden dat hij optreedt. Een verdergaande stelling is ook verdedigbaar. In Duitsland is de benadering aldus dat het onzorgvuldige gedrag van de aansprakelijkheidsverzekeraar wordt toegerekend aan de verzekerde, of die verzekerde nu invloed heeft op de gedraging van de verzekeraar of niet.²⁷ Ook naar Nederlands recht laat zich een dergelijke constructie denken: onrechtmatige schadeafwikkeling vormt een tekortkoming in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, en die tekortkoming moet krachtens de verkeersopvatting voor rekening van de arts worden gebracht. Men zou de verzekeraar zelfs als hulppersoon van de arts kunnen beschouwen.²⁸

In een Nederlands studieboek over gezondheidsrecht staat een zin waartegen niemand bezwaar zal maken:²⁹ “In het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht bestaat niet alleen aansprakelijkheid voor persoonlijk gemaakte fouten, maar ook voor fouten van anderen die bij uitvoering van de overeenkomst zijn ingeschakeld (zoals de doktersassistent van de huisarts), voor ondergeschikten (zoals een verpleegkundige in dienst van het ziekenhuis) of voor personen aan wie bepaalde werkzaamheden zijn uitbesteed.” Waarom zou deze aansprakelijkheid zich niet uitstrekken tot de ter afwikkeling van de fout ingeschakelde verzekeraar?

Ik laat deze kwestie hier verder in het midden, omdat zij niet de kern van de zaak betreft. Het zal de benadeelde primair om de inspanning van de arts te doen zijn; de schadevergoeding waarop schending van de resultaatsverplichting (daar komt de toerekening aan de arts buiten schuld welbeschouwd op neer) recht zou geven is van betrekkelijke betekenis. Over die kwestie – wat kan de benadeelde van het aanspreken van de arts verwachten – gaat de volgende paragraaf.

9 MOGELIJKHEDEN VOOR DE BENADEELDE BIJ ONZORGVULDIGE SCHADEAFWIKKELING

Bij onzorgvuldige schadeafwikkeling kan de benadeelde zich welbeschouwd twee dingen wensen: (i) schadevergoeding en (ii) staking van het onzorgvuldig handelen.

Het vorderen van schadevergoeding heeft aan de verzekeraar/arts-zijde een hoog vestzak-broekzakgehalte, in die zin dat wat de arts eventueel gehouden is aan schade

27. Verheij 2002, p. 338 (zie noot 10).

28. Ten aanzien van art. 6:76 BW overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 14 juni 2002, NJ 2002, 495: er is “aansprakelijkheid op grond van deze bepaling voor personen van wie de hulp wordt gebruikt bij de uitvoering van de verbintenis ten aanzien waarvan de aansprakelijkheid in het geding is”. Dat was niet zo in de zaak van het arrest, waar sprake was van een gewaande roofoverval die mede was beraamd en mede werd uitgevoerd door een medewerker van het uit

wanprestatie aangesproken vervoersbedrijf. Dat beraamen en uitvoeren van een overval staat erg ver van het uitvoeren van de vervoersovereenkomst. Die grote afstand is er niet tussen de geneeskundige behandelingsovereenkomst en het afwikkelen van de schade die in het kader van de uitvoering van die overeenkomst is veroorzaakt.

29. D.P. Engberts & L.E. Kalkman-Bogerd, *Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 225.

te vergoeden, uit hoofde van de aansprakelijkheidsverzekering uiteindelijk door de verzekeraar zal worden gedragen. De arts aanspreken heeft zo beschouwd niet zoveel zin. De benadeelde kan beter rechtsreeks van de verzekeraar schadevergoeding vorderen voor diens onzorgvuldige afwikkeling – als gezegd, die onzorgvuldige afwikkeling vormt mijns inziens een onrechtmatige gedraging op zichzelf.

Wat betreft (ii) staking van de onzorgvuldigheid heeft het voor de benadeelde wel voordelen zich tot de arts te kunnen wenden. Van die arts mag immers verwacht worden dat hij zich voor correcte schadeafwikkeling inspant. Wanneer de benadeelde gemotiveerd aan de arts doet weten dat de schadeafwikkeling niet goed loopt, zal de arts de verzekeraar ter verantwoording moeten roepen.

In praktische zin zal dat aldus verlopen dat hij, in samenwerking eventueel met bijvoorbeeld de jurist van het ziekenhuis, de verzekeraar confronteert met de klacht van de benadeelde – met, juridisch geformuleerd, het tekortschieten van de verzekeraar in zijn verplichting jegens de arts tot correcte schadeafwikkeling. Denkbaar is dat de verzekeraar dan zijn gedrag aanpast. Doet hij dat niet, en blijkt ook nader overleg niet tot een oplossing te voeren, dan kan de arts nadere juridische stappen nemen. Een kort geding ligt het meest voor de hand. Zo lijkt mij dat in de casus waarmee dit stuk begon, de kortgedingvordering van de arts tegen de verzekeraar tot vervanging van de onbehouden schaderegelaar had moeten worden toegewezen.

Mijn inschatting is evenwel dat het over het algemeen zover niet komt, doordat de transparantie die door de verantwoordingsplicht van de verzekeraar ontstaat, al veel oplost. Verzekeraars zullen het niet prettig vinden tekst en uitleg over hun gedrag te komen geven. In de beslotenheid van de discussie tussen de benadeelde en de verzekeraar kan de laatste zich gedragingen en stellingnames veroorloven die zichzelf in het volle daglicht direct veroordelen. Ik stel mij voor dat de verzekeraar in het voorbeeld uit de inleiding, gezeten aan de directietafel van het ziekenhuis in aanwezigheid van de man van het slachtoffer en de verantwoordelijk arts, moeilijk kan uitleggen dat hoewel het ziekenhuis in zijn calamiteitenrapport zelf al had vastgesteld dat een fout was gemaakt, de man maandenlang met bevoorschotting van € 1.500 genoeg moest nemen terwijl de gemanifesteerde schade al meer dan twee keer zo hoog was en het water hem financieel en emotioneel aan de lippen stond. Voor andere onzorgvuldigheden geldt hetzelfde.

Te denken valt ook aan medische standpunten die de arts niet voor zijn rekening zou mogen nemen. In de huidige praktijk neemt hij van de door de verzekeraar ter afwending van aansprakelijkheid betrokken stellingen veelal geen kennis; het debat verloopt geheel buiten hem om. Voor zover evenwel de door de verzekeraar betrokken stellingen naar de geldende medisch inzichten onverdedigbaar zijn en deze stellingen onder de aandacht van de arts worden gebracht, is de arts ertoe gehouden de verzekeraar terug te fluiten.

Tot slot verdient nog het volgende aandacht. De praktijk stemt niet overeen met het beeld dat er 'een arts' is die een overeenkomst sluit met een aansprakelijkheidsverzekeraar. Het komt voor dat artsen zich op individuele basis rechtstreeks verzekeren, maar veelal is, vanwege de medeaansprakelijkheid van het ziekenhuis (7:462 BW), het ziekenhuis (mede)verzekeringnemer. De vraag is wat daarvan voor de onderhavige kwestie de consequentie is.

Juridisch luidt het antwoord: geen. Artikel 7:462 BW beoogt op de aansprakelijkheid als zodanig geen effect te hebben, maar strekt er primair toe de patiënt een ‘centraal adres’ te bieden. Bij beantwoording van de vraag of het ziekenhuis (mede)aansprakelijk is, moet steeds worden teruggedeneerd naar de vraag of de individuele arts in strijd met de medisch-professionele standaard heeft gehandeld. Dat geldt ook voor de kwestie van verantwoordelijkheid voor correcte schadeafwikkeling. Dat het ziekenhuis waar de arts werkt (mede)aansprakelijk is, ontslaat hem dus niet van de verplichting zich voor zorgvuldige schadeafwikkeling in te spannen. Zou men anders aannemen, dan zou artikel 7:462 BW de positie van de patiënt ten opzichte van de arts doen verzwakken. Dat is bepaald niet de bedoeling van dit artikel.

In praktische zin zou het medeverzekerd zijn van het ziekenhuis van grote betekenis kunnen zijn, omdat een ziekenhuis, met zijn interne juristen, beter dan de individuele arts geëquipeerd is de verzekeraar zonodig op het matje te roepen. De boodschap zou zijn: “Onze arts X. heeft een fout gemaakt, u wikkelt die fout onzorgvuldig af, daardoor schiet arts X. tekort in zijn verplichtingen jegens de patiënt, als arts X. dat doet is niet alleen hij daarvoor aansprakelijk maar het ziekenhuis op de voet van artikel 7:462 BW ook, wilt u dus uw leven beteren”. Niet onbelangrijk is bovendien dat de ziekenhuizen, zoals wij hieronder zullen zien, het beleid van de verzekeraar mede bepalen. Hun protest bij de verzekeraar zal daardoor wellicht luider klinken dan het protest van de individuele arts.

10 DE VERANTWOORDELIJKHEID VAN DE ARTSENORGANISATIE; DE GEDRAGSCODE

Tot zover de verplichting van de individuele arts (en het ziekenhuis) in het individuele geval. De vraag rijst welke de rol van artsenorganisatie KNMG zou kunnen zijn met betrekking tot de afwikkeling van letselschade.

De praktijk van medische aansprakelijkheidsverzekering in Nederland heeft de opvallende eigenschap dat verreweg het grootste deel van de markt voor medische aansprakelijkheidsverzekeringen in handen is van twee verzekeraars, MediRisk³⁰ en CentraMed, en dat die verzekeraars bovendien ‘onderlingen’ zijn. Een belangrijke eigenschap van onderlingen is dat de leden, in casu de ziekenhuizen, via hun lidmaatschap het beleid van de verzekeraar bepalen.³¹

Voor het uitoefenen van die invloed bestaat bepaald momentum. Als gezegd in de inleiding hebben de medische verzekeraars in 2006 de GBL niet ondertekend. Inmiddels maakt men een aanvang met het opstellen van een code in het bijzonder voor medische aansprakelijkheidsverzekeraars. In de commissie die die code voorbereidt, is de KNMG vertegenwoordigd.

Een min of meer uitvoerige bespreking van wat in de code geregeld zou moeten worden, gaat het bestek van dit artikel te buiten. Ik volsta met een preliminaire opmerking en een algemene inhoudelijk opmerking.

Eerst de preliminaire opmerking. Ik kan niet goed inschatten of de KNMG een voldoende beeld heeft van waaraan het tot dusverre schort. Reeds in het algemeen ver-

30. Op de site van Medirisk staat: “Het merendeel van de algemene Nederlandse ziekenhuizen is verzekerd bij Medirisk”.

31. Zo staat ook op de site van Medirisk te lezen: “Als lid van Medirisk heeft iedere zorginstelling invloed op het beleid”.

dient het aanbeveling bij het overdenken en vastleggen van toekomstig gedrag te bezien hoe het in het verleden ging. Dat geldt in het bijzonder als er aanwijzingen bestaan dat de staande praktijk niet voldoet.

Wellicht acht men zich voldoende voorgelicht door het rapport van de ombudsman, maar dat rapport lijkt niet in alle opzichten voldoende gedetailleerd om als basis te kunnen dienen voor een precieze aangelegenheid als het opstellen van gedragsregels. Denkbaar is dat de KNMG een onderzoek onder eigen auspiciën laat verrichten. Zou een dergelijk onderzoek er niet komen, dan moet de KNMG zinnen op een andere mogelijkheid om voldoende kennis te verwerven. Het vrij uitvoerig horen van anderen dan de verzekeraars, op welke wijze dan ook, lijkt onontbeerlijk.

Ten tweede de inhoudelijke opmerking. De artsen hebben onlangs uitvoerig nagedacht over hun omgang met fouten. Dat heeft in 2007 geresulteerd in het KNMG-rapport *Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van de arts worden verwacht?*³² Gezien de eerder uiteengezette accessoriteit van de verzekeringsovereenkomst ten opzichte van de geneeskundige behandelingsovereenkomst; gezien de verplichting, met andere woorden, de letselschadeafwikkeling te laten verlopen met inachtneming van de medisch-professionele standaard, behoort bij het opstellen van de code aan dat rapport belangrijke betekenis te worden toegekend.

Overigens zou, tot slot, de bemoeienis van het medische veld met letselschadeafwikkeling zich wat mij betreft niet tot de ontwikkeling van de gedragscode moeten beperken. Die gedragscode wordt ingeroepen in individuele zaken. Sommige normen laten zich op het niveau van de individuele zaak moeilijk handhaven.

Nemen wij bij wijze van voorbeeld de communicatieve vaardigheden van de letselschaderegelaar. Die letselschaderegelaar voert in gevallen van dood of zwaar lichamelijk letsel een gesprek dat verre van eenvoudig is. Men moet spreken over de feiten, maar moet dat doen op een toon die recht doet aan de emoties die die feiten bij het slachtoffer (of diens nabestaanden) oproepen. Daarvoor zijn vrij uitgesproken vaardigheden vereist. Tegenwoordig bestaat in medische opleidingen in toenemende mate aandacht voor communicatie met de patiënt. Het ligt voor de hand die lijn door te trekken naar schaderegelaars, in die zin dat van verzekeraars verlangd wordt dat zij nog slechts werken met schaderegelaars die getraind zijn in het voeren van moeilijke gesprekken. Een dergelijke aanwijzing betreffende het beleid van de verzekeraar leent zich minder goed voor een gedragscode. Handhaving van de norm door benadeelden is moeilijk te realiseren doordat bejegeningssklachten zelden slagen³³ en men naar huidig recht met het slagen van een bejegeningssklacht in materiële zin weinig opschiet. Het ligt veeleer voor de hand dat een kwestie als de (communicatie)kwaliteiten van de schadebehandelaars waarmee de verzekeraars werken, op beleidsniveau wordt gewaarborgd.

32. KNMG, *Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van de arts worden verwacht?*, Utrecht: KNMG 2007.

33. Zie in verklarende zin noot 17.

De arts is gehouden zijn verzekeraar tot correcte schadeafwikkeling aan te spreken als die afwikkeling niet zorgvuldig geschiedt. De KNMG moet, nu artsen verantwoordelijk zijn voor zorgvuldige schadeafwikkeling, haar stempel drukken op de thans in voorbereiding zijnde gedragscode voor medische verzekeraars.